



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

NEUQUÉN, 17 de marzo del año 2021.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**L. J. E. C/ M. M. R. S/ RESTITUCION**", (**JNQFA4 EXP N° 125511/2020**), venidos a esta **Sala II** integrada por los Dres. Patricia **CLERICI** y José I. **NOACCO**, con la presencia de la Secretaria actuante, Dra. Micaela **ROSALES** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, **la Dra. Patricia CLERICI dijo:**

I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la resolución de fs. 24/26 -dictada el 25 de septiembre de 2020-, que rechaza el pedido de reintegro.

A) En su memorial de fs. 29/34 -presentación web de fecha 2 de octubre de 2020-, la recurrente se agravia, en primer lugar, porque la jueza a quo ha pasado por alto las consecuencias de la incontestación de la demanda.

Recuerda que el art. 365 inc. 1 del CPCyC determina que la incontestación de la demanda debe interpretarse como reconocimiento de la verdad de los hechos y los documentos incorporados.

Agrega que la sentenciante de primera instancia no ha considerado la prueba documental aportada. Si bien reconoce que no surge del texto de la demanda el acompañamiento de prueba documental, dado que por un error involuntario advertido al formular agravios, una hoja del escrito inicial no fue escaneada correctamente, lo cierto es que la documental se encuentra adjuntada y escaneada en la misma presentación que la demanda.

Entiende que la jueza de grado debió advertir la existencia del error ya que es evidente que la exposición está cortada, por lo que debió intimar la subsanación del error.

Agrega que la hoja omitida, además de describir la documentación que se acompaña, solicitaba, entre otras pruebas, la incorporación de trámites en proceso ante el mismo tribunal y entre las mismas partes, lo que entiende debió ser considerado por la jueza de grado en tanto entre los hechos relatados se denunció la violencia a la que su parte era sometida en forma sistemática, así como los expedientes por cuota alimentaria y su estado.

Critica que la sentencia recurrida se refiera a que solamente se denunciaron incumplimientos alimentarios, cuando se señaló que el centro de vida de los menores era el hogar materno.

Cuestiona que la jueza a quo haya utilizado como único argumento el haber oído a los hijos, cuando E. no tiene vínculo con el señor en cuya casa habita, y J. es hija de ambas partes.

Niega que el demandado haya sido progenitor afín de E.-

Transcribe parte de los dichos de J. y argumenta que la niña no fue abordada por el Equipo Interdisciplinario, por lo que no puede concluirse en que su relato fuera espontáneo o inducido, señalando que existen pautas que indicarían que estaría inducida por quién la cuida, ya que cree que su mamá está en psiquiátrico y que consume, en tanto E. ha dicho que esto "capaz que lo vió en una película".

Manifiesta que el demandado reiteradamente impide el sostenimiento del vínculo materno-filial.

Reproduce parte del relato de E. y sostiene que fue parcializado en la sentencia apelada. Agrega que de este relato surgen contradicciones con lo dicho por su hermana, no sólo respecto del horario en que se ausentaron del hogar, sino también respecto del comportamiento de la madre.

Entiende que se nota la influencia del hermano en las decisiones de la hija, concluyendo en que J. es una niña influenciada, no sólo por su padre sino también por su hermano.

Afirma que no queden dudas que es del deseo de E. escapar de la vivienda de su madre, donde vivía desde siempre; de la falta de espontaneidad del discurso de J. y de la influencia del progenitor sobre la niña.

Destaca que las audiencias no fueron realizadas ante la defensora de los derechos del niño, sino que se celebraron con Yanet Guzmán -funcionaria de la defensoría-, por lo que la jueza de primera instancia resolvió dar vista a la defensora, pero -a criterio de la recurrente- esa vista no subsana el vicio, siendo nulas las audiencias en virtud de lo previsto por el art. 103 del Código Civil y Comercial.

Crítica que la resolución recurrida haga referencia a un tercero ajeno al proceso (C.); y que la jueza a quo sostenga que no se determina a que niño refiere la restitución, cuando la demanda manifiesta que se solicita respecto de los dos.

b) La parte demandada no contesta el traslado del memorial.

c) A fs. 40 obra dictamen de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente.

La Defensora señala que desde el año 2017, ese organismo se encuentra interviniendo extrajudicialmente, tanto

por E. como por J., habiéndose peticionados medidas excepcionales para la protección de ambos.

Dice que en audiencia celebrada en el marco del presente proceso ambos hermanos pudieron expresarse claramente, no solamente sobre los hechos que vivenciaron sino también de lo que pretenden y peticionan para ellos.

Pone de manifiesto la mayor autonomía, decisión e independencia de E., producto de su edad, quién tomó decisiones protegiendo también a su hermana.

Considera que la resolución apelada debe ser confirmada.

II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos, entiendo que la resolución recurrida debe ser confirmada.

Los hijos de la parte actora han sido claros y contundentes respecto a que no quieren vivir con su mamá, dando la razón de por qué adoptan esa posición, a la vez que expresaron los deseos o pretensiones en orden a su permanencia, quizás temporaria, con el progenitor de J., para más adelante ir la niña con su abuela materna, y el niño -ya adolescente-, con su abuelo paterno. Todas estas manifestaciones han sido expresadas en la audiencia celebrada en sede del Juzgado, con la presencia de la jueza de grado y de funcionaria de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente (fs. 17/18 vta., audiencia del día 2 de septiembre de 2020).

Con carácter previo a analizar los dichos de los hermanos y su gravitación para el rechazo de la demanda, teniendo en cuenta que la recurrente acusa la nulidad de la audiencia donde se escuchó a los niños de autos, debo abordar primero esta cuestión.

En estas actuaciones se ha dado oportunamente intervención a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente (fs. 7), en los términos del art. 103 del Código Civil y Comercial.

El cuestionamiento de la parte actora refiere a que en la audiencia donde se escuchó a los niños no participó la titular del organismo, sino una funcionaria.

No existe en nuestra legislación procesal una modalidad determinada para la escucha de las personas menores de edad en los procesos donde sus intereses se encuentran involucrados.

En estas actuaciones los niños fueron citados -y concurrieron- a audiencia con la presencia de la jueza de la causa.

En el dictamen de la Procuradora General, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo, se dijo: "Valga recordar..que -con la reforma constitucional- la función protectoria de estos seres humanos especialmente vulnerables, lejos de haberse abrogado, ha venido a afianzarse, mediante un reconocimiento explícito del valor inherente de cada niño, sujeto activo de derechos y no objeto pasivo de control o de amparo meramente discrecional de padres o instituciones. Así lo propugnó claramente la Convención Constituyente de 1994 (v. art. 75 incs. 22 y 23 de la Carta Magna), y lo asume V.E. como enseñanza constante (v. fallo citado).

"En ese contexto, el compromiso fundamental que contrajo la República Argentina se vincula a la tutela responsable de la infancia y al respeto por su mejor interés...De ellos deriva la necesidad de audiencia del hijo menor de edad -con bastante edad y grado de madurez- en aquellos asuntos que le atañen y por ende, es a su luz que debe leerse dicha exigencia. He ahí la obligación estatal ineludible que enraíza en la más elemental consideración por la dignidad personal, sobreentendida en cualquier comunidad civilizada...la Convención sujeta la audiencia del niño, a un recaudo dual, a saber la progresiva autonomía individual y la regulación interna de los países miembros. Así, su artículo 12 reza: "1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de

la edad y madurez del niño. 2. Con tal fin: se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o un órgano apropiado, en consonancia con las normas del procedimiento de la ley nacional"... ese dispositivo fundamental de los derechos humanos, no sólo se abstiene de imponer una implementación determinada, sino que —al emplear la conjunción disyuntiva "o"—, abre tres vías alternativas, sin atribuirles una significación explícita, ni erigir al patrocinio letrado en recaudo ineludible. Estimo que la aprobación de tal fórmula por el conjunto de las naciones, comporta un juicio positivo de compatibilidad de esos medios instrumentales respecto de los restantes lineamientos sustanciales contenidos en el documento; y, más precisamente, significa que esa comunidad ha apreciado satisfechos a través de cualquiera de esos resortes formales, los derechos y libertades fundamentales directamente implicados (entre ellos, debido proceso/defensa, participación/libertad de expresión, e igualdad ante la ley)" -autos "M.G. c/ P.C.A.", 26/6/2012, Fallos: 335:1136-.

El art. 15 de la ley 2.302 se refiere al derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos y, en lo que aquí interesa, regla que su opinión debe ser tenida en cuenta y deberá ser valorada, bajo pena de nulidad, debiéndose dejar constancia en acta certificada por quién tenga a su cargo la fe pública.

Como vemos, lo que requiere la legislación internacional y nacional es que se escuche a las personas menores de edad en aquellos procesos judiciales en que se encuentren involucrados, sin especificar una modalidad particular a tal fin, antes bien deja librado a la ley procesal nacional determinar la forma de llevar adelante esa escucha.

En autos se ha cumplido con la obligación estatal de oír a las personas menores de edad involucradas en este trámite, asumiendo la escucha la jueza de familia que intervine en el expediente. Luego, la ausencia de la titular de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en la audiencia en la cual se escuchó a J. y a E. no altera ni

inhabilita la opinión dada por aquellos en tanto, como se dijo, el acto procesal estuvo presidido por la magistrada actuante en primera instancia, con la presencia de una funcionaria, que se entiende delegada por la titular del organismo que titulariza el ministerio público pupilar.

Además, la recurrente no precisa cuál sería el vicio que acarrea la ausencia de la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente en el acto en cuestión -antes bien cuestiona la apreciación de los dichos de los niños-. Insisto en que se ha cumplido con la obligación estatal de efectivizar el derecho de las personas menores de edad a ser oídas, en este caso, en forma directa por la magistrada de la causa, sin que se advierta la existencia de vicios que habiliten la nulidad de las audiencias.

A todo evento, y aún si se entendiera que la presencia de la titular de la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente era necesaria para el desarrollo de la escucha, tengo dicho en la causa "A., M. A. S/ GUARDA" (Expte. 67.223/2014, resolutorio de fecha 13 de Junio de 2017), que: *"(...) asiste razón a la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente respecto de que se omitió, en la instancia de grado, otorgarle la participación prevista en el art. 103 del Código Civil y Comercial, debiendo llamarse la atención al juzgado de origen sobre la necesidad de cumplir escrupulosamente la manda legal que determina la intervención necesaria del Ministerio Público en todos los procesos que involucren o afectan a personas menores de edad.*

"Sin embargo, de ello no se sigue la nulidad de la resolución recurrida.

"En efecto, el mismo art. 103 del Código Civil y Comercial señala, en su inciso a), que cuando la intervención del Ministerio Público es complementaria, la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

"En autos, la intervención que debió tener la Defensoría de los Derechos del Niño y del Adolescente en el proceso era complementaria, conforme lo reconoce el mismo Ministerio Público.

“Ángeles Burundarena señala que la intervención del Ministerio Público es representativa, de orden legal, de carácter necesario, es de control en el ámbito judicial para el ejercicio de la responsabilidad parental, y en el caso de los supuestos contemplados en el inciso a) del art. 103, resulta complementaria a la actuación de los representantes legales individuales. Por tanto, continúa la autora citada, en el supuesto del inciso a) señalado, su representación es complementaria a la de los padres, tutores, guardadores o curadores (cfr. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2014, T. I, pág. 456).

“Agrega la autora que vengo citando que la sanción de nulidad prevista por la ley ante la falta de intervención del Ministerio Público, sea en su actuación complementaria o principal, es de carácter relativo, porque puede ser confirmada: de haberse realizado actos disvaliosos para los intereses del niño o niña, y habiéndoles causado perjuicio la omisión de intervención, corresponde declarar su nulidad, pero si los actos del proceso realizados sin su intervención han sido favorables para la prosecución de las actuaciones y para el interés de la persona menor de edad, ningún sentido tiene oponer la nulidad, porque no se deriva perjuicio alguno ara aquella (cfr. aut. cit., op. cit., pág. 457).

“Aída Kemelmajer de Carlucci y Mariel F. Molina de Juan también se pronuncian favorablemente por la atribución de carácter relativo a la nulidad que acarrea la omisión de intervención del Ministerio Público. Señalan estas autoras que el argumento del carácter relativo de la nulidad ha sido utilizado por un fallo dicado por la Cámara Civil y Comercial de Corrientes (autos “H., A.V.A. s/ medida cautelar”, sentencia del 1/9/2015), que confirmó una medida de protección hacia una mujer anciana por la que se ordenó la exclusión de la vivienda de la nuera y sus hijos menores de edad, rechazando el planteo de nulidad realizado por el Ministerio Público ante la falta de intervención, atento la urgencia del caso y la provisionalidad de la medida (cfr. aut. cit., “La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial”, RCCyC 2015, pág. 3)”.

Desde esta perspectiva, la Defensora de los Derechos del Niño y del Adolescente no ha requerido la nulidad de las audiencias, y la progenitora lo hace por entender que las opiniones de las personas menores de edad no la favorecen, pero no precisa vicio alguno, conforme ya se dijo, y menos aún considera que la ausencia de la titular de la Defensoría haya perjudicado, de algún modo, a sus hijos.

Por lo dicho es que se rechaza la nulidad pretendida por la parte apelante.

III.- Salvada la validez del acto de audiencia, he de abordar los restantes agravios de la recurrente.

Es cierto que el resolutorio apelado contiene un error de tipeo, por cuanto equivoca, en el desarrollo de los Considerandos, el nombre de uno de los niños de autos, por una sola vez, lo que no invalida la resolución, en tanto surge de la misma que todos los argumentos dados por la jueza de grado refieren a la concreta situación de E. y J.-

En cuanto a la documentación acompañada con la demanda, ella consta en el sistema Dextra, entendiendo que la jueza de primera instancia no ha considerado su contenido en tanto no resulta de utilidad para la resolución del litigio. Se trata de denuncias policiales, realizadas por la actora; dos referidas a que el padre de J. no cumple con el pago de la cuota alimentaria, y una tercera donde informa sobre que sus hijos están con el señor M., sospechando que se encontrarían en riesgo, por lo que solicita la intervención de un juzgado de familia y que sean revisados por un médico.

Frente a estas denuncias de la accionante se encuentran las declaraciones de sus hijos que dan cuenta de lo sucedido, y por qué se fueron a la casa del padre de J.-

No voy a transcribir los dichos de los hijos de la accionante en honor a la brevedad, pero E. da cuenta de cómo ha asumido el cuidado de su hermana, y de su actuación en defensa no solamente de su persona sino de la niña; en tanto que la niña describe clara y precisamente el modo en que la madre aspira sustancias tóxicas, y cómo reacciona con posterioridad y los miedos que ello le causa, siendo altamente improbable que esta descripción sea extraída de una película,

como pretende la recurrente. Cabe señalar que los dichos de la niña -y no de E.- a que lo pudo haber visto en alguna película refieren solamente al nombre de la sustancia (“...sabe que es cocaína porque capaz lo vio en una película”).

Asimismo ambos hermanos dan cuenta de que no quieren volver a la casa de su mamá; que, por ahora, están bien en la casa del progenitor de J., a la vez que manifiestan sus deseos de convivir definitivamente, la niña con su abuela materna y el niño, con su abuelo paterno; parientes con los cuales transcurren los fines de semana.

Las personas menores de edad tenían, en el momento de la entrevista, 14 años y 7 años, por lo que contaban con suficiente madurez para expresarse en los términos en que lo han hecho.

Teniendo en cuenta que la pretensión de la actora se circunscribe a la restitución de los niños al hogar materno, y dado la clara voluntad de las persona menores de edad de no retomar la convivencia con su progenitora, no apareciendo que exista riesgo para los niños en vivir en el domicilio del padre de J. y estar bajo el cuidado de éste, entiendo que debe confirmarse el resolutorio recurrido. Ello, sin perjuicio de que la accionante inicie las acciones judiciales pertinentes a efectos de determinar los cuidados personales de sus hijos, y un eventual régimen de comunicación.

Todos los demás argumentos esgrimidos por la apelante, incluidos los efectos de la falta de contestación de la demanda, caen ante el interés superior de los niños de autos, el que requiere asegurar su permanencia en el hogar del señor M., sin perjuicio de las decisiones que posteriormente se adopten respecto de la residencia definitiva de los hermanos.

IV.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido.

Las costas por la actuación ante la Alzada son a cargo de la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

No se regulan honorarios profesionales toda vez que la recurrente se encuentra patrocinada por la Defensa Oficial.

El Dr. José Ignacio NOACCO dijo:

Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo.

Por ello, esta **Sala II**

RESUELVE:

I.- Confirmar la resolución dictada en fecha 25 de septiembre de 2020 (fs. 24/26), en todo lo que ha sido motivo de agravio.

II.- Imponer las costas por la actuación ante la Alzada a cargo de la actora perdidosa (art. 68, CPCyC).

III.- Sin regulación de honorarios profesionales toda vez que la recurrente se encuentra patrocinada por la Defensa Oficial.

IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen.

Dra. PATRICIA CLERICI -Jueza

Dr. JOSÉ I. NOACCO- Juez

MICAELA ROSALES-Secretaria